„ignorantiam facti, non juris prodesse“ sind also schlechterdings auf die dem Irrthum im Beweggrunde gesetzlich gleichgestellte ignorantia der lex Falcidia zu beziehen, und dasselbe gilt von den Worten der const. 9 C. ad leg. Falcid. (6. 50): „quin etiam si jus ignoraverit.“ Man darf demnach nicht aus dieser ausnahmsweisen Bestimmung die allgemeine Regel abstrahiren, daß der Rechtsirrthum die condict. ind. ausschließe.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

V.

Beitrag zur Erörterung der Frage: welche Wirkung hat die Unterlassung der Beifügung einer Bedingung bei der Erbeinsetzung, die der Testator hinzufügen wollte. Versuch einer Auslegung und Vereinigung der beiden Gesetzesstellen

l. 9. §. 5. D. de hered. inst. (28. 5.) und l. 8. Cod. de institut. et substitut. (6. 25.)

Von

Hrn. Obertribunalrath **Sarwey** in Stuttgart.

---

§. 1. Eingang.

Ueber den Sinn der beiden vorstehenden, sich anscheinend widerstreitenden Gesetze und ihre Vereinigung ist seit der Zeit der Glosse schon so viel geschrieben worden, daß es einer besonderen Rechtfertigung bedarf, wenn der Verfasser des Gegenwärtigen mit dem Versuch einer abermaligen Be-

handlung der Frage auftritt, zumal nachdem erst in neuerer Zeit Mühlenbruch in dem Glück'schen Commentar Th. 38 S. 422 ff. dieselbe einer gründlichen Untersuchung unterworfen hat.

Daß die richtige Auffassung der fraglichen Gesetzesstellen und insbesondere des Verhältnisses, in welchem beide gegeneinander stehen, von sehr erheblicher praktischer Wichtigkeit ist, ergibt sich im Allgemeinen schon aus dem ersten Anblick derselben.

Die in solchen abgehandelten Fragen kommen vielfach vor und es hängen von ihrer Entscheidung meist erhebliche Interessen ab; sie greifen tief in die allgemeinen Grundsätze ein und stehen insbesondere in einem so engen Zusammenhang mit der Frage über die Perfection des letzten Willens überhaupt, daß man, zumal da, wo diese Frage noch eigenthümlichen Anständen und Zweifeln unterliegt, bei Auslegung und Anwendung jener Gesetzesstellen auf besondere Verwickelungen stößt und leicht in Conflicte mit den allgemeinen Grundsätzen geräth.

Ein Fall dieser Art gab dem Verf. dieses Anlaß zu einer näheren Untersuchung über den Sinn dieser Gesetzesstellen. Keine der vorliegenden verschiedenen Ausführungen war ihm befriedigend. Die meisten derselben führen auf zu enge, einseitige Grundsätze und hiemit auf Zweifel und Anstöße in der Anwendung; manche sind auch an sich so dunkel, daß sie in der That einer neuen Auslegung bedürften, was sich besonders dann zeigt, wenn man sie auf gegebene Fälle anwenden will. Auch mit dem von Mühlenbruch aufgestellten Endresultat konnte sich der Verf. nicht vereinigen.

So gelangte er zu dem sofort zu entwickelnden Erfund.

Das hiedurch gewonnene Resultat liegt zwar, wie sich ergeben wird, der von einzelnen älteren Rechtslehrern aufgestellten Ansicht nicht ferne, führt aber viel weiter. Auch geht der gegenwärtige Versuch in der Art der Begründung seinen eigenen Weg. Für die Feststellung des Sinns und Verhältnisses der beiden Gesetzesstellen eine einfache, für die

Anwendung vollkommen ausreichende Grundlage in einer selbstständigen, mit den bestehenden allgemeinen Grundsätzen möglichst in Uebereinstimmung bleibenden Auslegung zu finden, — Dies machte sich der Verfasser zur Hauptaufgabe.

Eine vorläufige Aufzählung und Erörterung der verschiedenen Meinungen über diese viel besprochene Frage kann um so eher umgangen werden, als dießfalls auf die in der angeführten Stelle des Glück'schen Commentars enthaltene Recension derselben verwiesen werden kann. Ein unserer Aufgabe entsprechender Rückblick auf die Ansichten Anderer wird übrigens nach Erörterung und Begründung der eigenen Ansicht des Verf. folgen.

§. 2. Gesetzes-Text.

Der Text der abzuhandelnden Gesetzesstellen und einiger hiemit in genauem Zusammenhang stehender weiteren §§. der Pandektenstelle ist folgender:

Die bezüglichen Stellen des Pandekten-Gesetzes lauten wie folgt:

Quoties volens alium haeredem scribere, alium scripserit: in corpore hominis errans, (veluti frater meus, patronus meus) placet, neque eum haeredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. 1. Et si in re quis erraverit, ut puta, (dum vult lancem relinquere, vestem leget) neutrum debebit. Hoc, sive ipse scripsit, sive scribendum dictaverit. 2. Sed si non in corpore erravit, sed in parte, (puta „si", cum dictasset, ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus) Celsus libro „duodecimo quaestionum" digestorum undecimo, posse defendi ait, ex semisse haeredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum, quae sententia rescriptis adjuvatur generalibus. Idemque est, et si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere. 3. Sed si majorem adscripserit testamentarius, vel (quod difficilius est probatione) ipse testator, ut pro quadrante semissem: Proculus putat, ex quadrante fore haeredem, quoniam inest quadrans in semisse, quam

sententiam et Celsus probat. 4. Sed, et si quis pro centum, ducenta per notam scripsisset, idem juris est: nam et ibi utrumqne scriptum est, et quod voluit, et quod adiectum est: quae sententia non est sine ratione. 5. *Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit: nam et hunc pro non instituto putat. Sed si conditionem addidit, dum nollet: detracta ea, haeredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. Quam sententiam et ipse et nos probamus.* 6. Idem tractat, et si testamentarius contra voluntatem testatoris conditionem detraxit, vel mutavit, haeredem non futurum, sed pro non instituto habendum. 7. Sed si, cum primum haeredem ex parte dimidia scribere destinasset, primum et secundum scripsit, solus primus scriptus haeres videbitur et solus haeres existet, quasi ex parte dimidia institutus etc. Der Text der Coderstelle lautet wie folgt.

Si testamentum ita scriptum inveniatur, ille haeres esto secundum conditiones infra scriptas. Si quidem nihil est adjectum, neque aliqua conditio in testamento posita est: supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit: Vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum, et certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte praeventus non fecit. Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit: tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, et sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quae infra conscriptae sunt etc.

§. 3. Auffassung der Pandektenstelle nach Worten und Zusammenhang.

Es ist für unsere Aufgabe nicht unwichtig, die Gesetzes-

stelle, um die es sich eigentlich handelt, vorerst in ihrem Zusammenhang zu betrachten.

Die l. 9. cit. handelt in ihren ersten 8 Sätzen Fälle ab, wo das Testament anders niedergeschrieben ist, als in dem Willen des Testirers gelegen war.

In den ersten 5 Sätzen ist im Wesentlichen Folgendes enthalten.

Pr. Wenn ein Anderer als Erbe bezeichnet ist, als der, welchen der Testirer als Erben einsetzen wollte, so soll weder der Bezeichnete Erbe werden, — weil es in Beziehung auf ihn an dem Willen des Testirers fehlt, — noch derjenige, welchen der Testirer einsetzen wollte, — weil dieser nicht bezeichnet ist.

§. 1. Ebenso soll, wenn durch einen Irrthum eine andere Sache geschrieben ist, als der Testirer hinterlassen wollte, keine derselben geschuldet sein.

§. 2—4. Wenn der Irrthum nur in der Bezeichnung des Antheils statt fand, und zwar (§. 2.) wenn weniger geschrieben ist, als nach dem Willen des Testirers geschehen sollte, so könne es, nach vorliegenden Autoritäten gerechtfertigt werden, den wirklich beabsichtigten größern Antheil gelten zu lassen; wenn aber (§. 3 und 4.) Mehreres geschrieben ist, als der Wille des Testirers war, so soll das Wenigere gelten — weil das Wenigere in dem Mehreren enthalten sei, — weil jedenfalls das Wenigere, was der Testirer wollte, ebensowohl geschrieben sei, als das Weitere (gegen seinen Willen) Hinzugefügte.

In diesen Sätzen ist zunächst der Grundsatz durchgeführt, daß, wenn in einem Testament etwas Anderes ausgedrückt sei, als der wahre Willen des Testirers mit sich bringe, der Buchstaben weichen müsse; sodann aber wird den Entscheidungen darüber, was alsdann gelten solle, überall der Satz zu Grund gelegt, daß dasjenige, was in dem wahren Willen des Testirers gelegen sei, alsdann — aber auch nur alsdann vollzogen werden solle, wenn solches in irgend einer Weise als in dem Willens-Ausdruck des Testirers enthalten

angesehen werden könne. Diesem Satz genau entsprechend, gilt die Disposition in den beiden Fällen, wo ein anderer Erbe oder ein anderes Objekt geschrieben ist, nicht; wohl aber, wenn ein Irrthum in Bezeichnung der Antheile vorgegangen ist. In dem letztern Fall trifft der angeführte Satz dann genau zu, wenn ein größerer Theil geschrieben wurde, als der Testirer eigentlich wollte; da, wo umgekehrt ein kleinerer Theil geschrieben wurde (§. 2. l. cit.), wäre dies streng genommen nicht der Fall; allein hier hilft sich Ulpian gestützt auf Autoritäten mit einer Art Fiction — quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum *).

Nach diesen Sätzen, welche mit den weitern über den Irrthum bei letzten Willensverordnungen bestehenden gesetzlichen Bestimmungen im Wesentlichen genau übereinstimmen, vergl. Schweppe röm. Priv.-Recht Bd. V. §. 789. N. 6. folgt nun die Bestimmung, um welche es sich bei unserer Aufgabe eigentlich handelt, und welche Folgendes verordnet.

§. 5. **Wenn der Testirer (der Erbeinsetzung) eine Bedingung beabsichtigte, er hat sie aber nicht beigefügt, so ist der Erbe nicht als eingesetzt anzusehen. Wenn er aber eine Bedingung beifügte, ohne es zu wollen, so soll der Eingesetzte ohne deren Beachtung (so als wäre sie nicht beigefügt) Erbe werden, und das, was, ohne daß es beabsichtigt wurde, geschrieben ist, als nicht verfügt angesehen werden.**

§. 6. Nun folgt eine weitere Ausdehnung des im ersten Theil des vorangegangenen §en ausgesprochenen Sa-

*) Wenn auch unter dem Wort nuncupatum, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 442 Note 48 bemerkt, nicht eine mündliche Erklärung im Gegensatz gegen das minus scriptum, sondern die altrechtliche Nuncupation bei den Mancipations-Testamenten zu verstehen sein sollte, so geht doch jedenfalls aus diesem Beisatz hervor, daß der Grundsatz des Erforderniffes eines besonderen Willensausdrucks von Seiten des Testirers auch hier durch eine Fiction aufrecht erhalten werden will.

zes auf den (auch schon in den obigen Sätzen in das Auge gefaßten) Fall, wo das Testament dictirt wurde, dahin. Ebenso soll, wenn der Schreiber des Testaments eine von dem Testirer ausgesprochene Bedingung gar nicht oder verändert niedergeschrieben hat, der Erbe nicht als eingesetzt gelten.

Der sofort folgende achte Satz (§. 7) enthält wieder die Entscheidung eines weitern besonderen Falls, bei welcher die oben ausgehobenen Grundsätze, wie dem wahren Willen des Testirers Geltung zu verschaffen sei, durchgeführt sind.

Aus dieser Uebersicht erhellt, daß unsere Gesetzesstelle (§. 5.) in dem genauesten Zusammenhang mit den vorangehenden und nachfolgenden Sätzen steht, daß ihre Verordnung in vollkommener Uebereinstimmung mit den übrigen Entscheidungen sich befindet, und daß die sämmtlichen Entscheidungen eine consequente Durchführung der oben schon ausgehobenen allgemeinen Grundsätze in einer sehr genau und klar ausgeführten Casuistik enthalten.

§. 4. Nähere Ausführung über den Sinn der Pandektenstelle.

Der Sinn unserer Gesetzesstelle (§. 5. l. 9. cit.) ist hienach ganz klar und bestimmt. In dem ersten Theil derselben ist der Fall gesetzt, daß der Erblasser die Einsetzung des Erben von einer Bedingung abhängig machen wollte, er hat aber diese nicht ausgesprochen. Auch hier (et hunc), wie in dem ersten Satz des Gesetzes, wo ein Anderer als Erbe geschrieben wurde, als den der Erblasser wollte, soll der Erbe nicht als eingesetzt angesehen werden.

Der zweite Theil unserer Gesetzesstelle behandelt sodann den Fall, daß der Erblasser die Einsetzung bedingt aussprach, ohne wirklich eine Bedingung zu beabsichtigen. Hier soll der Eingesetzte Erbe sein und das, was gegen den Willen des Testirers geschrieben ist, als nicht verfügt angesehen werden, — auch dies ganz entsprechend dem sonst in dem Pandektengesetz durchgeführten Grundsatz, daß der Wille des Testirers, nicht der Buchstabe entscheidet und seine Ver-

fügung vollzogen wird, soweit ein Willens-Ausdruck hierüber vorliegt.

Ueber den ersten Theil der Gesetzesstelle ist hier nichts Weiteres zu sagen; der zweite dagegen muß näher in das Auge gefaßt werden. Mühlenbruch (a. a. O. S. 442) sagt, es sei schwer, sich ein solches Versehen als möglich zu denken, wie es in dem zweiten Theil der Gesetzesstelle vorausgesetzt ist, — daß nämlich eine Bedingung ausgedrückt ist, welche der Testirer nicht beabsichtigte. Derselbe stellt ein ziemlich complizirtes Beispiel hievon auf. Allein der Sinn der Worte — si conditionem addidit, dum nollet — läßt sich ganz ungezwungen dahin auffassen: wenn der Testirer die Erbeinsetzung mit einer Bestimmung in Verbindung setzte, welche sich als Bedingung darstellt, wenn er das adjectum in einer Weise ausdrückt, daß die Erbeinsetzung als hievon wirklich abhängig gemacht erscheint, während er hiebei in der That keine eigentliche Bedingung beabsichtigte, die Erbeinsetzung nicht hievon abhängig machen wollte; hier soll der Eingesetzte Erbe werden, ohne daß eine Bedingung angenommen würde und dasjenige, was gegen seine Absicht geschrieben ist, also derjenige Theil des Aufsatzes, welcher den Ausdruck einer Bedingung enthält, — als nicht vorhanden angesehen werden.

So aufgefaßt, bedarf es in der That keiner schwierigen Combination, um einen Fall zu finden, auf welchen die Bestimmung des Gesetzgebers paßt; denn es kann, wie ohne nähere Ausführung klar ist, sehr leicht und auf verschiedene Weise geschehen, daß ein Testirer eine Bestimmung, welche er mit der Erbeinsetzung in Verbindung setzt, in einer Weise ausdrückt, daß sie gegen seine wirkliche Absicht als eine Bedingung sich darstellt, und daß eine dem Ausdruck entgegengesetzte Absicht des Testirers aus dem Zusammenhang selbst oder aus andern nachzuweisenden Thatsachen dargethan werden kann.

Diese Auslegung findet ihre Begründung in den Worten und dem Zusammenhang der Stelle selbst. Wenn gesagt

ist, der Testirer habe eine Bedingung ausgedrückt, ohne es zu wollen, und es solle das nicht gelten, was gegen seine Absicht geschrieben sei, so folgt hieraus zunächst nur so viel, daß derjenige Theil seiner Willenserklärung, welcher als die Erbeinsetzung bedingend erscheint, nicht gelten soll. Die Worte *detracta ea* könnten zwar allerdings so gedeutet werden, daß der Gesetzgeber einen Fall im Auge gehabt habe, wo das ganze adjectum einzig als Bedingung angesehen werden könnte, wie dies in dem Beispiel Mühlenbruchs der Fall wäre.

Allein es beweisen diese Worte nur so viel, daß der Testirer zunächst die bedingende Form und ihre Beziehung zur Erbeinsetzung im Auge hatte. Blos über die Consequenz wollte er sich aussprechen, er wollte nichts weiter sagen, als: wenn der Erblasser mit einem adjectum instituirt, welches als Bedingung erscheint, er wollte aber nicht bedingend instituiren, so wird der Instituirte Erbe und sein bedingender Ausdruck gilt nicht. Die Art, wie sich ein derartiger Fall ergeben könne, wo der Erblasser sich bedingend ausspricht, ohne es zu wollen, mag sich der Gesetzgeber allerdings nicht näher in das Auge gefaßt haben, sonst würde er sich auch über die Consequenz genauer und bestimmter ausgesprochen haben, namentlich in der Beziehung, wie es mit dem adjectum zu halten sei, wenn es, obgleich nach dem Willen des Testirers nicht als Bedingung geltend, doch als eine für sich bestehende Bestimmung gelten kann und soll; ein Fall, bei welchem die Unterstellung des Gesetzgebers am leichtesten eintreten kann, und welcher sofort allerdings eigenthümliche Distinctionen in Anwendung der in dem übrigen Theil der Gesetzesstelle ausgedrückten und sonst bestehenden Grundsätze nöthig macht, worüber jedoch hier als außer unserer nächsten Aufgabe gelegen, nichts Weiteres anzuführen ist. Hier genügt es, gezeigt zu haben, daß der Fall, für welchen der Gesetzgeber eine Entscheidung geben wollte, wirklich praktisch ist. Daß derselbe sich ihn als praktisch dachte, geht aus seiner Entscheidung hervor;

ob und wie er sich die praktische Seite klar machte, das kann für uns gleichgültig sein; genug, wenn uns seine Entscheidung dadurch klar wird, daß uns die Fälle klar sind, für welche dieselbe paßt, und daß die Gesetzesstelle nirgends etwas enthält, wodurch ausgeschlossen wäre, daß unter seiner allerdings nur allgemeinen Voraussetzung auch diese Fälle begriffen sein können.

Es widerspricht auch keineswegs der gewöhnlichen Ausdrucksweise, insbesondere der der römischen Juristen, daß hier bei dem Wort *conditionem* blos die besondere Richtung des Ausdrucks, nämlich die in der Form gelegene Bedeutung aufgefaßt wird, ohne daß deßwegen der Satz blos ausschließlich auf eine spezielle Bedeutung des Worts selbst zu beschränken wäre. Hätte der Gesetzgeber gesagt: sed si conditionaliter instituit, dum nollet, detracta conditione haeredem futurum etc., so würde die vorstehende Deutung allerdings noch näher liegen. Daß er aber nichts anders sagen wollte, geht aus dem ganzen Zusammenhang klar hervor, und daß er, statt sich so auszudrücken, sich der Worte bediente: si conditionem addidit, ist um deßwillen ganz natürlich, weil in dem vorangegangenen Satz, wovon der zweite einen Gegensatz bildet, auch gesagt ist, qui conditionem — non addidit.

Die beste Nachweisung für die Zulässigkeit der vorstehenden Deutung finden wir in zwei Pandektenstellen selbst, nämlich einmal in der l. 44. D. de manum. testam. (40. 4), wo eigentlich der casus in terminis abgehandelt ist, sodann in der l. 2. D. de hered. instit. (28. 5.), wo gleichfalls die Erbeinsetzung mit einer Bestimmung in bedingender Form in Verbindung gesetzt und doch nach dem wahren Willen des Testirers die Erbeinsetzung für gültig erklärt ist, ohne daß die bedingende Form des Ausdrucks an sich etwas hierin änderte (vgl. unten §. 10).

Die vorstehende Betrachtung ist, abgesehen davon, daß es immer etwas Mißliches um eine Gesetzesdeutung ist, für welche man sich nur höchst selten vorkommende und verwi-

ckelte Fälle denken kann, auch wegen des Verhältnisses der Coderstelle zur Pandektenstelle keine ganz müßige, wie dies unten (§. 8) gezeigt werden wird.

§. 5. Erörterung des Sinns der Coderstelle nach Worten und Zusammenhang.

In dem ersten Absatz der Coderstelle ist der Satz ausgedrückt, daß wenn die Erbeinsetzung mit Beziehung auf unten — also in dem Testament selbst — verzeichnete Bestimmungen geschah, jedoch nichts beigefügt und auch sonst in dem Testament keine Bestimmung enthalten ist, welche als die Erbeinsetzung bedingend anzusehen wäre, die vorbehaltenen Bestimmungen als nicht beigefügt und die Erbeinsetzung als unbedingt geschehen angesehen werden soll.

In dem zweiten Satz der Coderstelle wird das Papinianische Responsum als Argument angeführt, welches den Fall aufstellt, wo der Testirer sich vorbehielt, die Begrenzungen des verschafften Objekts — der Dorfschaften — und die Art der zu feiernden Kampfspiele in einem anderen Aufsatz zu bestimmen, hieran aber durch den Tod verhindert wurde. Diese Disposition soll nichtsdestoweniger gelten. Es ist klar, daß in dem zweiten Satz von keiner eigentlichen Bedingung die Rede ist; die Bestimmungen, welche getroffen werden sollten, sind von der Art, daß der Wille vollzogen werden kann, auch ohne daß diese Bestimmungen getroffen wurden, denn die Grenzbestimmung ist überflüssig, weil die Dorfschaften, welche verschafft wurden, bereits eine eigene Begrenzung hatten; die Bestimmung der Form der Kampfspiele ist außerwesentlich; solche können auch ohne eine solche Bestimmung gefeiert werden. Dieser letzte Wille wird also von Papinian als ein perfekter angesehen.

So soll denn auch der von Justinian im ersten Satz aufgestellte Fall, wo die Bestimmungen in dem Testament selbst (infra scriptas) getroffen werden sollten und wo nichts hierüber folgte, angesehen werden.

In dem dritten Satz der Coderstelle wird sofort ge-

sagt; wenn aber in irgend einem Theil des Testaments selbst gewisse **Bestimmungen** getroffen sind, dann soll es so angesehen werden, als ob der Testirer von Anfang an eine blos bedingte Erbeinsetzung beabsichtigt habe; es soll Alles so erfüllt werden, als hätte der Erblasser die Erbeinsetzung mit den wirklich im Testament verzeichneten Bestimmungen in Verbindung gesetzt. Dieser Satz ist eigentlich nur die nähere Ausführung der im ersten Satz ausgedrückten zweiten Unterstellung — neque aliqua conditio in testamento posita est.

Im ersten Satz wird der Fall gesetzt, daß, während bei der Erbeinsetzung auf die in dem Testament noch zu bezeichnenden Bestimmungen Beziehung genommen ist, weder diese Bezeichnung erfolgte, noch überhaupt sonst in dem Testament eine auf die Erbeinsetzung beziehbare Bestimmung zu finden ist; in diesem Fall soll angenommen werden, der Testirer habe die Erbeinsetzung, ohne sie von den vorbehaltenen Bestimmungen abhängig zu machen, beabsichtigt; sein Wille hinsichtlich der Erbeinsetzung sei vollendet gewesen und müsse daher bestehen, wenn gleich der Testirer daneben beabsichtigt habe, weitere Bestimmungen beizusetzen, und solches unterlassen habe.

Im dritten Satz dagegen wird der Fall gesetzt, daß sich zwar auch keine mit der Erbeinsetzung in Verbindung gesetzte Bestimmungen vorfinden, daß aber in irgend einer andern Stelle des Testaments Bestimmungen ausgesprochen sind; hier soll angenommen werden, der Testirer habe von Anfang an blos eine bedingte Erbeinsetzung beabsichtigt und es soll Alles (also die Erbeinsetzung und die sonst im Testament enthaltenen Bestimmungen) so erfüllt werden, als hätte der Testirer die Erbeinsetzung mit sofort wirklich beigefügten Bestimmungen in Verbindung gesetzt.

Ob sich der Gesetzgeber im Rückblick auf seinen im ersten Satz unterstellten Fall auch hier dachte, daß der Testirer die Erbeinsetzung „secundum condit. infra scriptas" ausgesprochen habe und keine Bestimmungen folgen ließ und

ob er sofort für diesen Fall verordnen wollte, daß die anderswo, ohne eine Verbindung mit der Erbeinsetzung ausgedrückten Bestimmungen in Verbindung mit der Einsetzung zu bringen seien, — die Einsetzung als von diesen anderswo ausgedrückten Bestimmungen abhängig angesehen werden solle, steht dahin.

Inzwischen spricht er allgemein, und es ist jedenfalls kein Zweifel, daß auch dann, wenn der Testirer die Erbeinsetzung ohne den Beisatz „sec. condit. infra scriptas“ aussprach, sich aber irgendwo sonst im Testament conditiones finden, der in dieser Stelle aufgestellte Grundsatz in gleicher Weise in Anwendung kommt *).

Unverkennbar ist der Zusammenhang und die Correlation der drei Sätze der Gesetzesstelle, was besonders für die Bedeutung des Werts conditiones von Wichtigkeit wird.

Unter den conditiones in dem ersten Satz können nach dem ganzen Zusammenhang keine andere verstanden werden, als solche, welche in dem zweiten Satz beispielsweise bezeichnet sind; hier ist aber unzweifelhaft von keinen eigentlichen Bedingungen die Rede. Den conditiones im dritten Satz aber muß wieder die Bedeutung, welchen der Ausdruck im ersten Satz hatte, beigelegt werden, weil der dritte Satz der Gesetzesstelle nur eine nähere Ausführung der im ersten Satz über die vorbehaltenen conditiones aufgestellten Regel, eine Art Ausnahmebestimmung oder richtiger einen Gegensatz hievon bildet.

Umgekehrt ist aus der Bedeutung des Worts conditiones im dritten Satz auch auf dessen Bedeutung im ersten Satz zurückzuschließen.

Was nämlich den Sinn dieses Worts im dritten Satz betrifft, so geht aus der hier gegebenen Entscheidung selbst hervor, daß dem conditiones quasdam nicht die Bedeutung von Bedingungen beigelegt werden kann. Denn wären hiemit wirklich entschieden ausgesprochene Bedingungen gemeint,

*) Beispiele für beiderlei Fälle s. unten §. 6.

so könnten es doch keine andere sein, als solche, deren Beziehung auf die Erbeinsetzung außer Zweifel wäre. Wenn nämlich eine Bestimmung als Bedingung ausgesprochen ist, so muß, wenn solches auch nicht ausdrücklich gesagt ist, wenigstens implicite in dem Ausspruch gelegen sein, was von derselben abhängig sein soll; denn setzt man auch, der Testirer habe sich über die gestellten Bedingungen auf das Allgemeinste dahin ausgesprochen: meine in dem Testament getroffenen Verfügungen sollen davon abhängig sein, daß folgende Anordnungen erfüllt werden rc., so muß jedenfalls aus den sofort folgenden Anordnungen hervorgehen, ob solche von dem eingesetzten Erben oder ob sie von sonst Jemand, z. B. einem Legatar zu erfüllen sind. Ist letzteres der Fall, so kann nicht die Erbeinsetzung eine bedingte sein, sondern das Legat rc. ist es; ist dies nicht der Fall, so bleibt nur übrig, die Erbeinsetzung als eine bedingte anzusehen; es liegt also bereits in dem Ausspruch der Bedingung, daß die Einsetzung des Erben eine bedingte sei; die ganze Entscheidung des dritten Satzes der Coderstelle wäre also eine höchst müßige. Es wäre nichts weiter damit gesagt, als: wenn Bedingungen der Erbeinsetzung in irgend einem Theil des Testaments ausgesprochen sind, so sind sie als schon bei der ohne Beziehung hierauf ausgesprochenen Erbeinsetzung ausgedrückt anzusehen, die Erbeinsetzung ist als eine von Anfang an bedingt ausgesprochene anzusehen und die Bedingungen sind so zu vollziehen, als ob sie in Verbindung mit der Erbeinsetzung ausgesprochen worden wären. Diese so sehr von selbst sich ergebende Thesis so umständlich zu erörtern, hätte der Gesetzgeber sich um so eher ersparen können, als er ja schon in dem ersten Satz der Coderstelle beigefügt hatte — neque aliqua conditio in testamento posita est, worunter unzweifelhaft auch eine wahre Bedingung gemeint sein müßte, wenn unter dem conditiones quasdam des dritten Satzes entschieden ausgesprochene Bedingungen zu verstehen wären. Ganz natürlich ergeben sich dagegen Beziehung und Bedeutung dieses Satzes der Gesetzesstelle, wenn man

annimmt, der Gesetzgeber habe sich im Gegensatz gegen den ersten Satz die Frage aufgeworfen, wie es zu halten sei, wenn der Testirer ohne eine Verbindung mit der Erbeinsetzung Bestimmungen ausgesprochen, welche (wie im ersten Satz) nicht als entschiedene Bedingungen erscheinen und habe nun diese Frage dahin entschieden: eine solche Bestimmung soll, obgleich nicht in Verbindung mit der Erbeinsetzung gesetzt, doch als die Erbeinsetzung bedingend angesehen werden.

Ist hienach dargethan, daß das Wort conditiones im dritten Satz nicht in dem Sinn von entschieden ausgesprochenen Bedingungen genommen ist, so liegt die hieraus für die Bedeutung des Worts in dem ersten Satz zu ziehende Folgerung bei der oben angedeuteten Beziehung, in welcher der dritte Satz zu dem ersten steht, nahe.

§. 6. Nähere Ausführung über den Sinn der Coderstelle und besonders die Bedeutung des in solcher vorkommenden Worts: conditiones.

Die auf die Ausführung des Willens des Testirers bezüglichen Bestimmungen im Allgemeinen sind es, was die Coderstelle unter dem Wort conditiones versteht. Sie faßt die diesfallsige Willensäußerung des Testirers in einem noch unbestimmten Sinn auf; ihr Problem ist, festzustellen, inwiefern die Verwirklichung seiner Disposition von diesen Bestimmungen abhängig sein soll — inwiefern sie als Bedingungen wirken.

Man muß sich also die conditiones infra scriptas im ersten Satz ohne eine entschiedene Beziehung auf irgend einen bestimmten Rechtsbegriff des Worts conditiones denken. Der Gesetzgeber denkt sich den Fall, daß der Testirer irgend ein adjectum zur Erbeinsetzung auszusprechen beabsichtigt hatte. Was es geworden wäre, ob eine wahre conditio, ein modus ꝛc., ob eine wesentliche oder außerwesentliche Bestimmung, das ist als unentschieden vorausgesetzt, weil der Testirer sich nicht weiter ausgesprochen hat. Der Gesetz-

geber entscheidet nur, wie es mit einem solchen adjectum im Zweifelsfall zu halten sei.

In gleicher Weise muß das Wort conditiones im dritten Satz der Coderstelle aufgefaßt werden. Der Gesetzgeber will auch hier Bestimmungen, welche nicht ausdrücklich als die Erbeinsetzung bedingend ausgesprochen sind, im Zweifelsfall als mit der Erbeinsetzung verbundene Bedingungen angesehen wissen. Nicht gerade Bedingungen und deren Wirkung sind Gegenstand seiner Entscheidung; seine nächste Absicht ist nur, festzusetzen, wie es zu halten sei, wenn gewisse Bestimmungen in dem Testament enthalten sind, welche nicht mit der Erbeinsetzung in Verbindung gesetzt sind; diese sollen, obgleich nicht in solche Verbindung gesetzt, doch für die Erbeinsetzung bedingend sein. Daß sie in dem gegebenen Fall als Bedingungen angesehen werden können und daß solches nach dem muthmaßlichen Willen des Erblassers zu geschehen habe, — also das Inwohnen einer bedingenden Eigenschaft an sich — muß freilich bei der Entscheidung des Gesetzgebers vorausgesetzt sein. Allein entschieden ausgesprochene Bedingungen hat er hiebei nicht im Auge, sondern er will einen Fall entscheiden, wo ein Zweifel besteht über die Frage, ob eine bedingte Erbeinsetzung anzunehmen sei. Der Zweifel ist zunächst darin begründet, daß die Bestimmungen nicht mit der Erbeinsetzung in Verbindung gesetzt sind; aber immer hat es der Gesetzgeber noch mit conditiones im Sinne des ersten Satzes zu thun, d. h. mit Bestimmungen überhaupt, deren bedingende Eigenschaft nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Was er sagt, ist so viel, als wenn gewisse Bestimmungen an irgend einer Stelle des Testaments enthalten sind, ohne eine solche Verbindung mit der Erbeinsetzung, wonach diese als hiedurch bedingt erschiene, so sind solche — vorausgesetzt, daß sie überhaupt als bedingend anzusehen sind — als Bedingungen der Erbeinsetzung anzusehen; oder kürzer gesagt: solche Bestimmungen sind im Zweifelsfall als Bedingungen der Erbeinsetzung anzusehen. Diese Erklärung des dritten Satzes

entspricht ganz der schon wiederholt gemachten Bemerkung, daß solcher als Gegensatz des ersten Absatzes aufzufassen ist. Der Gesetzgeber wollte dem im ersten Absatz aufgestellten Hauptgrundsatz, daß die conditiones infra scriptae, wenn sie nicht ausgesprochen wurden, nicht als Bedingungen zu nehmen seien, in nähere Bestimmung geben, daß andere in dem Testament enthaltene Bestimmungen, wenn sie gleich nicht die infra scriptae — nicht mit der Erbeinsetzung verbunden seien, ihre Bedeutung als Bedingungen behalten sollen — natürlich unter Voraussetzung ihrer bedingenden Eigenschaft überhaupt. Er fügte deßwegen schon im ersten Satz bei: neque aliqua conditio — posita est; dies führt er sodann im dritten Satz weiter aus. Man darf daher dem dritten Satz nicht gerade ein selbstständiges Gewicht beilegen; er hat keine weitere Bedeutung, als welche durch den ihn veranlassenden Gegensatz gegeben ist — daß nämlich bei dem im ersten Satz in Beziehung auf die Conditiones infra scriptas aufgestellten Grundsatz vorausgesetzt ist, daß sonst in dem Testament keine conditiones enthalten seien, deren Wirkung sofort erörtert wird.

Es können die Bestimmungen, welche unser Gesetz unter dem Ausdruck conditiones begreift, — um zunächst bei dem Beispiel der Gesetzesstelle zu bleiben — den Umfang des durch den letzten Willen verschafften Gegenstandes betreffen, (was, da ja auch die Erbeinsetzung auf einzelne Sachen geschehen kann, (cfr. Schweppe röm. Priv.Recht §. 810) sich nicht blos auf Vermächtnisse beschränkt); sie können ferner Festsetzung der Theile betreffen (vgl. Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 38. S. 438); sie können weiter nach der Gesetzesstelle in Anordnungen bestehen, zu welchen der Testirer durch die Rücksicht auf Förderung gewisser Zwecke, z. B. zu Erhaltung seines Andenkens, durch Liebhabereien u. dgl. veranlaßt wurde (certaminis forma, quod celebrari etc. voluit); sie können Auflagen zu Gunsten Dritter jeder Art enthalten; kurz es sind adjecta überhaupt hierunter gemeint. Nur ist hiebei stets

vorauszusetzen, daß es, den Worten und dem Inhalt der Willensäußerung des Testirers nach, in dem gegebenen Fall immer noch zweifelhaft sein muß, ob der Testirer die Verwirklichung der Disposition von diesen Bestimmungen abhängig machen wollte.

Ist somit im Falle des ersten Satzes der Gesetzesstelle außer Zweifel, daß er die Erbeinsetzung von den vorbehaltenen Bestimmungen abhängig machen wollte, daß er die Erbeinsetzung überhaupt nur unter gewissen noch auszusprechenden Voraussetzungen, gegen gewisse noch zu bestimmende Gegenleistungen gelten lassen wolle, sprach er sich in einer Weise aus, daß die voluntas erst mit der näheren Bezeichnung derselben perfecta werden konnte, daß der Wille desselben nicht einmal vollziehbar ist, weil die Frage, wie weit die Wirkung der Erbeinsetzung nach der Absicht des Testirers gehen solle, in keiner Weise zu beantworten ist, so ist der Fall der Gesetzesstelle gar nicht gegeben. Dieselbe setzt blos fest, wie der Vorbehalt der conditiones infra scriptae im Zweifelsfall anzusehen sei und entscheidet dem allgemeinen Grundsatz gemäß für Erhaltung der Disposition nach Analogie eines Falls, wo die Annahme der Perfection der voluntas und Vollziehbarkeit der nicht näher bezeichneten Anordnungen keinem Anstand unterliegt. Ist andererseits im Falle des letzten Satzes der Gesetzesstelle außer Zweifel, daß die conditiones in quavis parte testamenti positae nach der Absicht des Testirers unter keinen Umständen für die Erbeinsetzung bedingend werden sollten, ist z. B. klar, daß der Testirer blos einen modus im Auge hatte, oder ist insbesondere eine Beziehung derselben auf die Erbeinsetzung nach dem Willen des Erblassers gar nicht denkbar, wie z. B. bei Auflagen, welche hienach unzweifelhaft nicht auf den eingesetzten Erben, sondern nur auf einen der Legatare bezogen werden können, oder können sie ihrer Natur nach für die Erbeinsetzung gar nicht bedingend werden, würden sie z. B. eine physische Unmöglichkeit enthalten, so

kann auch von einer Anwendung des in diesem Satz ausgesprochenen Grundsatzes nicht die Rede werden.

Es wird daher unserer Auslegung des letzten Satzes der Coderstelle auch nicht die Einwendung entgegengestellt werden können, daß hienach alle in einem Testament enthaltenen Bestimmungen zu Bedingungen gemacht seien; die Frage, ob die Bestimmungen in dem einzelnen Fall als Bedingungen anzusehen sind, bleibt hienach ja immer vorbehalten und nur für den Zweifelsfall wird der Ausschlag für Annahme einer Bedingung gegeben. Beispiele mögen diesen Satz der Gesetzesstelle näher erläutern, — das erste für den Fall, wo der Testirer die Erbeinsetzung mit dem Beisatz — secund. condit. infra scriptas aussprach, aber nichts beifügte; das zweite für den Fall, wo die Erbeinsetzung selbst ohne einen Beisatz geschah. (vgl. oben §. 5.)

Der Testirer sagt: Cajus soll mein Erbe sein — unter den hienach verzeichneten Bestimmungen über die von mir beabsichtigte Anordnung zu sicherer Verwaltung und Erhaltung des Vermögens. Nun folgen verschiedene auf die Erbeinsetzung in keiner Beziehung stehende Dispositionen. Dann kommt gleichfalls ohne ausgesprochene und erkennbare Beziehung auf die Erbeinsetzung und den eingesetzten Erben, die Anordnung: da ich wesentlich beabsichtige, mit diesem meinem letzten Willen wohlthätige Zwecke zu verbinden, so verordne ich, daß von den Einkünften der (unter dem Erbnachlaß enthaltenen) Dorfschaft X. folgende milde Stiftung errichtet werde. Anordnungen über Verwaltung und Erhaltung des Erbvermögens fehlen. Es ist also hier (wie im ersten Satz der Gesetzesstelle) secundum condit. infra scriptas instituirt, ohne daß solche folgten; es ist die Anordnung der milden Stiftung — die conditio in quavis parte posita — mit der Erbeinsetzung in keine Verbindung gesetzt, nicht als Bedingung ausgesprochen, (wie unsere Auslegung als im dritten Satz der Gesetzesstelle vorausgesetzt annimmt), jedoch in einer Weise, daß solche nicht als ein bloßer modus erscheint, sondern so, daß man die-

selbe wohl als Bedingung der Erbeinsetzung ansehen kann, ja sogar entschiedene Gründe hiefür hat; hier soll nun nach dem Gesetz die Einsetzung des Cajus als ab initio conditionalis angesehen und alles so erfüllt werden, als ob der Testirer die Einsetzung desselben mit den Bestimmungen wegen der zu errichtenden milden Stiftung (eisdem conditionibus quae infra conscriptae sunt) in Verbindung gesetzt — dieselbe hievon abhängig gemacht hätte (copulasset). Es soll dasselbe sein, wie wenn der Testirer gesagt hätte: Cajus soll mein Erbe sein unter der Bedingung, daß er von den Einkünften der Dorfschaft X. folgende milde Stiftung errichtet.

Oder der Testirer sagt: Cajus und Titius sollen zu gleichen Theilen meine Erben sein, jedoch so, daß dem Cajus die Dorfschaft X. zugetheilt und nach dem wahren Werth bei seinem Erbtheil aufgerechnet werden soll. Nun folgen wieder Dispositionen, welche keinen Bezug auf die Erbeinsetzung haben und dann die gleichfalls ohne Bezug auf den Cajus und seine Einsetzung wie oben ausgesprochene Anordnung wegen der von den Einkünften der Dorfschaft X. zu errichtenden milden Stiftung. Hier müßte nach dem Grundsatz der Gesetzesstelle die Einsetzung des Cajus als eine bedingte angesehen und die Bestimmung über die Errichtung der milden Stiftung so erfüllt werden, als wäre die Erbeinsetzung des Cajus mit dieser Bestimmung in Verbindung gesetzt — von der hienach verzeichneten Bestimmung abhängig gemacht worden.

§. 7. Commentirende Bemerkungen über einzelne Ausdrücke der Coderstelle.

Nachstehende Bemerkungen über einzelne Ausdrücke der Coderstelle und ihren Zusammenhang sollen die grammatische Beweisführung für vorstehende Auslegung und zugleich eine nähere Erläuterung der in Vorstehendem enthaltenen allgemeinen Auffassung liefern.

1) *Secundum conditiones* — bekanntlich hat das Wort conditio nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht blos die enge Bedeutung von Bedingung, sondern wird auch allgemein zur Bezeichnung der Beschaffenheit, des Zustandes einer Sache, der sie betreffenden Umstände überhaupt gebraucht *). Es steht also von dieser Seite nichts im Weg, anzunehmen, daß in unserer Gesetzesstelle mit diesem Wort die näheren Verhältnisse, welche der Testirer für seine Erbeinsetzung bestimmen wollte, bezeichnet sein sollten. Nach einer besonders abgeleiteten Bedeutung bezeichnet das Wort auch Vorschrift — Regel. (Scheller a. a. O. S. 2144.) Diese Bedeutung würde unserer Auslegung noch näher liegen.

Auch in der Sprache unseres Gesetzbuchs beschränkt sich die Bedeutung dieses Worts keineswegs auf den engen Begriff von Bedingung **). So ist das Wort insbesondere mit der Bedeutung von Zustand — Verhältnisse — gebraucht ***). Zu Bezeichnung einer bei einem Rechtsgeschäft getroffenen Bestimmung wird das Wort gebraucht:

l. 6. §. 2. D. de contrah. emt. (18. 1) *conditio*, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest.

Es liegt also auch nach der sonstigen Gesetzessprache kein Anstand vor, anzunehmen, daß mit dem: ille heres esto secundum conditiones infra scriptas — gesagt werden wollte, er soll Erbe sein, nach Maßgabe der Verhältnisse, welche unten verzeichnet sind — unter den Bestimmungen, welche ich unten verzeichnen werde. Entschieden spricht das Wort *secundum* gegen die Annahme einer Bedingung. Der or-

---

*) Vgl. Scheller lat. deutsches Lexikon in 5 Bänden s. v. condit. (III. Aufl. I. S. 2143.)

**) Vgl. Brissonius de verb. signif. s. v. conditio.

***) l. 1. §. 23. de aqua et aqu. pluv. arc. (39. 3.) *conditionibus* agrorum quasdam leges esse dictas.

dentliche Sprachgebrauch bringt es mit sich, zu sagen: *sub ea* conditione oder *ea* conditione, (Scheller a. a. O. S. 2141) und dies ist auch die Ausdrucksweise der Gesetze; vergl. den ganzen Pand.Titel de condit. et demonstr. (35. 1.) das Wort *secundum*, welches in dem hier vorliegenden Zusammenhang nur die Bedeutung gemäß — in Gemäßheit haben kann, (vergl. Scheller s. v. *secundum* (V. S. 9929) drückt nur eine Beziehung auf ein anderes Verhältniß, nicht eine Abhängigkeit hievon aus und schwerlich wird sich ein Fall nachweisen lassen, wo der Ausdruck secundum conditionem mit der Bedeutung: unter einer Bedingung gebraucht wäre. Auch daß von condit*iones* — in der Mehrzahl — die Rede ist, spricht für unsere Auslegung; denn hätte der Gesetzgeber sich den Fall gedacht, daß das, was der Testirer beizufügen beabsichtigte, die Erbeinsetzung hätte bedingen sollen, so würde er wohl eher blos von einer Bedingung gesprochen haben.

2) neque aliqua *conditio* — posita est. — Man könnte versucht werden, hier unter dem Wort conditio eine eigentliche Bedingung zu verstehen. Der Sinn der Stelle wäre dann der, principaliter habe verordnet werden wollen, daß wenn ein Erbe mit Beziehung auf die unten verzeichneten Bestimmungen eingesetzt sei, solche aber fehlen, die Bestimmungen als nicht beigefügt und die Erbeinsetzung als eine unbedingte, d. h. von diesen Bestimmungen nicht abhängig gemachte anzusehen sein solle; weil man aber doch nicht von einer unbedingten Einsetzung sprechen könnte, wenn irgend sonst in dem Testament eine Bedingung hiefür ausgesprochen wäre, was neben dem Vorbehalt weiterer Bestimmungen der Fall sein könnte, so sei noch die natürliche weitere Voraussetzung des aufgestellten Grundsatzes erwähnt worden, daß sonst keine Bedingung im Testament enthalten sei. Allein wie sich aus Ansicht des Zusammenhangs mit dem dritten Satz ergibt, (vergleiche unten Nro. 7) dürfte es richtiger sein, auch hier dem Wort conditio die allgemeine Bedeutung einer Bestimmung überhaupt zu geben. Nur

kann keine andere Bestimmung gemeint sein, als eine solche, welche als die Erbeinsetzung bedingend angesehen werden könnte; denn sonst könnte hiedurch keine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Erbeinsetzung secundum condition. infra scriptas in deren Ermanglung als eine unbedingte angesehen werden soll, begründet werden.

3) *argumento* utimur — Ein bloßes Argument bildet das responsum Papinians, weil der Fall dieses rosponsum darin ein anderer ist, daß hier die Bezeichnung der vorbehaltenen Bestimmungen (über die Grenzen und die Form der Kampfspiele) in einem andern Aufsatz geschehen sollte; in dem Fall Justinians wollte der Testirer die Bestimmungen in dem Testament selbst (infra) festsetzen. Auch wurde der Testirer in dem Fall Papinians durch den Tod an der Bezeichnung der vorbehaltenen Bestimmungen gehindert; in dem Fall Justinians kann dies nicht der Grund der unterlassenen Bezeichnung sein, weil ja die Bestimmungen im Testament selbst (infra) angegeben werden sollten. Justinian endlich will die Frage über die Natur der Erbeinsetzung entscheiden, während Papinian blos den Fall eines Vermächtnisses im Auge hat.

4) *Pollicitationem* supervacuam esse. — Das Wort pollicitationem würde schwerlich gewählt worden sein, wenn unter den conditiones infra scriptas schon vorausweg wahre Bedingungen verstanden wären, da es doch gar sonderbar wäre, den Vorbehalt von Bedingungen, von welchen die Gültigkeit der Erbeinsetzung abhängig werden sollte, mit dem Wort pollicitatio, worunter Versprechen, Verheißung verstanden wird, (vgl. Scheller a. a. O. s. v. pollicitatio (IV. S. 8093) zu bezeichnen. Wenn es sich dagegen von dem Vorbehalt, gewisse Bestimmungen auszusprechen, handelte, so war der Gebrauch dieses Worts eher am Platz, zumal da solche auch in gewissen zu Gunsten Dritter, oder auch des Erben selbst zu treffenden Anordnungen bestehen können, eine Beziehung, welche dem Gesetzgeber um so eher vorschweben mochte, als gerade der

Fall des von ihm angeführten Arguments ein solcher ist, bei welchem man wohl von einem Versprechen — einer Zusage sprechen konnte. *Supervacuam* esse conditionum pollicit. Die Zusage der zu treffenden Bestimmungen sei als überflüssig anzusehen; dies erklärt sich am einfachsten dahin: sie sei als nicht vorhanden anzusehen. Es kann aber dieser Ausdruck auch eine besondere Beziehung auf die Erbeinsetzung haben und so zu verstehen sein: der Punkt der Zusage der unten zu verzeichnenden Bestimmungen sei bezüglich der Erbeinsetzung ein überflüssiger, diese bestehe unabhängig hievon.

5) *proprios fines* — bereits eigens bestimmte Grenzen im Gegensatz gegen diejenigen, welche der Testirer bestimmen wollte.

6) conditiones *quasdam* — irgend welche Bestimmungen. Dieser Ausdruck bildet den Gegensatz gegen die im ersten Satz unterstellten condit. *infra scriptas.* Dort unterstellte der Gesetzgeber, daß der Testirer bezüglich der Erbeinsetzung Bestimmungen festsetzen zu wollen erklärte, es aber nicht that. Hier setzt er den Fall, daß wirklich Bestimmungen vorkommen, welche aber mit der Erbeinsetzung nicht in Verbindung gesetzt sind (tanquam si copulasset). Er kann also nicht gerade diejenigen meinen, welche der Testirer unten verzeichnen wollte, sondern nur *quasdam* — irgend welche. Wenn er also auch hier noch den im ersten Satz abgehandelten Fall im Auge hatte, daß der Testirer die Erbeinsetzung zunächst secundum condit. infra scriptas ausgesprochen habe (vgl. oben §. 5. 6.), so kann er doch nicht vorausgesetzt haben, daß die wirklich sich vorfindenden Bestimmungen als diejenigen sich darstellen, welche unten verzeichnet werden sollten. Denn sonst verstünde sich das, was durch das Gesetz verordnet ist, gewissermaßen von selbst; jedenfalls hätte sich der Gesetzgeber in einer solchen Unterstellung nicht in der gewählten Form, insbesondere nicht in diesem Gegensatz aussprechen können. Er spricht daher allgemein von conditiones *quasdam.*

7) *in quavis parte* testamenti — die Worte *in quavis parte* können zweierlei Beziehungen haben. Entweder hatte der Gesetzgeber hiebei im Auge, daß das Papinian'sche responsum, dessen er sich bei der vorangehenden Entscheidung als Arguments bedient hatte, den Fall unterstellt, daß der Testirer die Bestimmungen in einem anderen Aufsatz bezeichnen wollte; oder — und dies ist wohl das Richtigere — er wollte auch hiemit einen Gegensatz gegen die conditiones infra scriptas des ersten Satzes und gegen das tanquam si — copulasset des dritten Satzes aufstellen. Dort geschah die Erbeinsetzung unter den hienach festgesetzten Bestimmungen, welche aber nicht beigefügt wurden; hier sind die Bestimmungen zwar im Testament enthalten; aber sie sind nicht als infra scriptae angekündigt; die Einsetzung ist nicht mit denselben in Verbindung gesetzt, (tanquam si copulasset) sondern sie sind an irgend einer Stelle des Testaments ohne eine solche Beziehung und Verbindung enthalten.

Ganz klar liegt ferner die Beziehung dieser Worte auf die im ersten Satz ausgedrückte Voraussetzung — neque aliqua conditio in testamento posita est — vor. Der im ersten Satz aufgestellte Grundsatz soll nur gelten, wenn die conditiones infra scriptae weder beigefügt, noch sonst irgend eine (nämlich auf die Erbeinsetzung beziehbare vgl. oben Nr. 2) Bestimmung in dem Testament enthalten ist; im dritten Satz wird nun der Fall näher abgehandelt, wo solche Bestimmungen *in quavis parte* testam. enthalten sind.

Welche Bedeutung endlich diesen Worten hinsichtlich der Frage über die hiebei gemeinte Stelle des Testaments, insbesondere in Beziehung auf die Stellung der conditiones gegenüber von der Erbeinsetzung beizulegen sei, dies wird später in einem andern Zusammenhang erörtert werden (unten Nro. 9.)

8) *ab initio* conditionalem. — Auf die Worte ab initio ist an sich kein besonderer Nachdruck zu legen; sie ergaben sich aus dem Zusammenhang. Der gesetzte Fall ist,

daß die Erbeinsetzung ohne Verbindung mit den Bestimmungen ausgesprochen war; nach der Gesetzesstelle soll es nun aber so angesehen werden, als ob dieselbe gleich anfangs — da wo sie ausgesprochen wurde — als eine durch die Bestimmungen bedingte ausgesprochen worden wäre. Für diejenigen, welche unter den conditiones quasdam wahre Bedingungen verstehen, hätte freilich das *ab initio* eine prägnante Bedeutung. Wenn nämlich auf die Worte ab initio das Hauptgewicht gelegt wird, so könnte man gerade hieraus einen Beweisgrund ableiten, daß unter dem conditiones quasdam wahre Bedingungen zu verstehen seien. Es ließe sich nämlich sagen, der Gesetzgeber habe aussprechen wollen: die conditiones quaedam seien als *ab initio positae* und sonach die Erbeinsetzung als eine conditionalis anzusehen. Allein abgesehen davon, daß, wie oben gezeigt, aus dem Zusammenhang der ganzen Coderstelle hervorgeht, daß unter den conditiones quasdam blos Bestimmungen überhaupt gemeint sein können, würde auch nach dieser Deutung das oben schon ausgeführte Bedenken nicht beseitigt, daß, wenn der Gesetzgeber unter dem conditiones quasdam bereits entschieden ausgesprochene Bedingungen verstanden hätte, die ganze Entscheidung desselben eine höchst müßige wäre. Immer enthielte der Satz nichts weiteres, als die Bestimmung: wenn in irgend einem Theil des Testaments Bedingungen der Erbeinsetzung enthalten sind, so ist es so anzusehen, als ob die Erbeinsetzung gleich vornherein als eine bedingte ausgesprochen worden wäre. Es ist daher weit natürlicher, den Worten *ab initio* die Deutung zu geben: obgleich die Bestimmungen (welche durch die Gesetzes-Disposition als Bedingungen der Erbeinsetzung erklärt werden sollen) nicht mit der Erbeinsetzung in Verbindung gesetzt seien, die Erbeinsetzung sonach nicht als eine bedingte ausgesprochen sei, so soll sie doch als bedingte ausgesprochen angesehen werden (videri ab initio conditionalem esse.

9) ***eisdem conditionibus quae infra conscriptae sunt.***

— Die natürlichste Deutung dieser Worte ist die, daß sie sich auf die conditiones quasdam in quavis parte testamenti positas beziehen, und hienach muß vorausgesetzt sein, daß die Einsetzung in einer obern, die conditiones aber in einer spätern Stelle des Testaments enthalten seyen. Wollte man dem *in quavis parte* eine so allgemeine Bedeutung beilegen, daß die conditiones auch in einer der Einsetzung vorangehenden Stelle vorkommen können, so ließe sich der Schlußsatz des Gesetzes nur in der Art erklären, daß hiemit gesagt sein soll: es solle Alles so erfüllt werden, wie wenn der Testirer die Erbeinsetzung mit Bestimmungen verbunden hätte, welche wirklich verzeichnet wären, oder wie in einem Fall, wo die Erbeinsetzung mit Bestimmungen, welche sofort verzeichnet sind, in Verbindung gesetzt ist. In einem solchen Fall könnte das Testament ungefähr so lauten: „Ich verordne, daß in den unter meinem Nachlaß befindlichen Dorfschaften X, Y alljährlich Kampfspiele gefeiert werden — in folgender Weise ꝛc., der Aufwand hiefür soll von den Einkünften aus diesen Ortschaften, welche ich zu Sicherstellung dieses wesentlichen Theils meines letzten Willens ausdrücklich hiezu bestimme, bestritten werden ꝛc.“ (dies wären die conditiones in quavis parte testamenti positae).

Nun folgen weitere hiemit nicht in Beziehung stehende Verfügungen; sodann erst die Erbeinsetzung: „Cajus soll mein Erbe sein“, und zwar ohne daß eine Beziehung auf die oben verzeichneten Bestimmungen ausgedrückt wäre. Hier sollte also die Erbeinsetzung als eine bedingte angesehen werden, wie wenn der Testirer die Erbeinsetzung mit Bestimmungen in Verbindung gesetzt hätte, welche hienach verzeichnet wären.

Diese Deutung ist jedoch eine gezwungene. Die Worte *eisdem* conditionibus quae *infra* conscriptae *sunt* — werden weit natürlicher dahin gedeutet, daß der Gesetzgeber hiemit die conditiones in quavis parte testamenti positas gemeint und vorausgesetzt habe, daß diese *infra*, d. h. nach

der Erbeinsetzung verzeichnet seien. Es ist daher eher anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesen Sinn im Auge hatte. Dessenunerachtet würde auch in einem Fall, wie der oben gesetzte ist, der von dem Gesetzgeber ausgesprochene Grundsatz Anwendung finden. Die Erbeinsetzung des Cajus wäre als ab initio conditionalis anzusehen, weil die Bestimmung hinsichtlich der Kampfspiele, welche in den ihm als Erben zufallenden Dorfschaften gefeiert werden sollen, nach dem ganzen Zusammenhang der Disposition als Bedingung der Erbeinsetzung angesehen werden kann und dies bei einer conditio in quavis parte posita im Zweifelsfall geschehen soll.

§. 8. Verhältniß der Coderstelle zur Pandektenstelle.

Das Verhältniß der Coderstelle zur Pandektenstelle ergibt sich sehr einfach aus folgender übersichtlichen Zusammenstellung. Die in beiden Gesetzen aufgestellten Sätze, wie solche in Vorstehendem entwickelt wurden, sind in kürzester Fassung der Reihe nach folgende.

1) Wenn der Testirer die Erbeinsetzung von einer Bedingung abhängig zu machen beabsichtigte, hat aber solche nicht ausgesprochen, so gilt die Erbeinsetzung nicht. (Erster Satz der Pandektenstelle.)

2) Wenn der Testirer die Erbeinsetzung in bedingter Weise aussprach, er beabsichtigte aber in der That nicht, blos unter einer Bedingung einzusetzen, so gilt die Erbeinsetzung als unbedingt und der gegen seine Absicht erfolgte bedingte Ausdruck ist nicht zu beachten. (Zweiter Satz der Pandektenstelle).

3) Wenn die Erbeinsetzung mit dem Beisatz: „in Gemäßheit der unten verzeichneten Bestimmungen" ausgesprochen ist, es finden sich aber solche nicht verzeichnet und es ist in dem Testament überhaupt keine (auf die Erbeinsetzung beziehbare — als die Erbeinsetzung bedingend anzusehende —) Bestimmung enthalten, so ist der Mangel

ohne Bedeutung für die Erbeinsetzung — es gilt die Erbeinsetzung als eine unbedingte; (Erster Satz der Coderstelle) —

4) nach dem Argument des responsum Papinians, wonach die einer respublica verschafften mit eigenen Grenzen versehenen Dorfschaften aus der Erbschaft auszufolgen sind, wenn schon der Testirer sich vorbehalten hatte, in einem eigenen Aufsatz die Grenzen und die Form der alljährlich zu feiernden Kampfspiele festzusetzen, hieran aber durch den Tod verhindert wurde. (Zweiter Satz der Coderstelle.)

5) Wenn aber gewisse Bestimmungen (näml. von bedingender Eigenschaft) in irgend einer Stelle des Testaments selbst enthalten sind, so sind solche im Zweifelsfall als mit der Erbeinsetzung verbundene Bedingungen anzusehen, es soll die Erbeinsetzung als vornherein bedingt ausgesprochen betrachtet werden, als hätte der Testirer die Erbeinsetzung mit den sofort verzeichneten Bestimmungen in Verbindung gesetzt — dieselbe hievon abhängig gemacht. (Dritter Satz der Coderstelle).

Nach dieser Auffassung läßt sich in der Coder- und Pandektenstelle entfernt kein Widerspruch erkennen; die ganze Reihe der in beiden Gesetzen ausgesprochenen Sätze enthält vielmehr die in verschiedenen Fällen durchgeführte Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Wille des Erblassers, so weit er bestimmt erkennbar ausgesprochen ist, vollzogen werden soll. Beiden Stellen liegt principaliter die Frage über Vollendung der ultima voluntas zum Grund; beide handeln in den Eingangssätzen hievon; was in den Schlußsätzen gesagt ist, sind Gegensätze, durch welche die Principal-Decisionen der ersten Sätze genauer begrenzt und vervollständigt werden.

Halten wir die Coderstelle zuerst mit dem ersten Satz der Pandektenstelle zusammen. Derselbe beschäftigt sich mit dem Fall, wo die Absicht eine Bedingung beizufügen, die Frage über Perfection der ultima voluntas zwei-

felhaft macht, die Coderstelle — in ihrem ersten Satz — mit dem Fall, wo die Absicht, weitere **Bestimmungen überhaupt** beizufügen, jene Frage in Zweifel stellt. Die Pandektenstelle setzt in ihrem ersten Satz als entschieden voraus, daß das, was der Testirer verordnen wolle, als Bedingung ausgesprochen sei, die Coderstelle setzt Bestimmungen voraus, bei welchen die Absicht, die Erbeinsetzung hiedurch zu bedingen, nicht bestimmt ausgesprochen ist, und entscheidet die Frage, unter welchen Voraussetzungen in einem solchen Fall eine hiedurch bedingte Erbeinsetzung anzunehmen sei. Die Coderstelle enthält also so wenig einen Widerspruch mit dem ersten Satz der Pandektenstelle, oder eine Abänderung desselben, daß man vielmehr durch die Entscheidung der Coderstelle auf den Grundsatz der Pandektenstelle zurückgeführt wird, indem die Coderstelle im dritten Satz Bestimmungen (conditiones), welche irgendwo im Testament enthalten sind, auch ohne daß sie mit der Erbeinsetzung in Verbindung gesetzt sind, im Zweifelsfall als mit der Erbeinsetzung verbundene Bedingungen erklärt und **die Erfüllung derselben in einer der Norm der Pandektenstelle entsprechenden Weise verordnet.**

Was sodann den **zweiten** Satz der Pandektenstelle betrifft, so besteht auch zwischen diesem und der Coderstelle vollständiger Einklang, wie sich dies besonders nach der im §. 4. versuchten Deutung ergibt. Derselbe handelt den Fall ab, wo das adjectum der Erbeinsetzung zwar als Bedingung ausgesprochen ist, aber nicht als solche gilt, weil der Erblasser keine Bedingung beabsichtigte; im ersten Satz der Coderstelle ist ungewiß, ob der Erblasser bei dem adjectum der Erbeinsetzung eine Bedingung beabsichtigte; auch hier soll das adjectum nicht wirksam sein. Beide Entscheidungen entsprechen dem Grundsatz, daß der Buchstabe dem Willen weichen müsse und daß das, was der Testirer bestimmt ausdrückte — die Erbeinsetzung — auch nach dem Hinwegfallen des adjectum gelten soll. In dem fraglichen Satz der Pandektenstelle ist ausgesprochen, daß wenn der Testirer die Erbeinse-

tzung mit einer Bestimmung in Verbindung setzt, welche sich als Bedingung darstellt, solches doch nicht beachtet wird, wenn ein entgegengesetzter Willen des Testirers erhellt. Im dritten Satz der Coderstelle ist verordnet, daß wenn der Testirer die Erbeinsetzung mit Bestimmungen, welche sonst in dem Testament enthalten sind, auch nicht in Verbindung gesetzt hat, dieselbe doch (im Zweifelsfall) als hiedurch bedingt angesehen werden soll; also auch hier Durchführung des in dem Pandektengesetz vielfach abgehandelten Grundsatzes, daß der ausgesprochene Willen des Testirers — wenn auch nur als wahrscheinlich erkennbar — Geltung erhalten solle.

Noch führt eine Zusammenstellung der beiden Gesetze auf die Bemerkung, daß, wenn in dem zweiten Satz der Pandektenstelle von einer *conditio* die Rede ist, während doch keine bedingte Erbeinsetzung beabsichtigt sein solle, und wenn insbesondere nach der oben §. 4. enthaltenen Ausführung hiemit überhaupt nur ein adjectum, welches sich als Bedingung darstellt, gemeint ist, auch hierin eine weitere Bestätigung dafür liegt, daß auch in der Coderstelle das Wort conditiones nicht nothwendig in dem Begriff von wahren Bedingungen zu nehmen ist, vielmehr auch hier unter demselben im Allgemeinen Bestimmungen zu verstehen sind, hinsichtlich deren der Gesetzgeber erst festsetzen wollte, unter welchen Voraussetzungen die Erbeinsetzung als hievon abhängig gemacht angesehen werden solle.

Im Uebrigen ist, was das Verhältniß der beiden fraglichen Gesetzesstellen überhaupt betrifft, nur noch auszuheben, daß auch nicht die geringste Spur einer Beziehung der Coderstelle auf die Pandektenstelle vorliegt, wodurch die Annahme einer beabsichtigten Abänderung der letzteren unterstützt würde.

(Beschluß im nächsten Hefte.)
